

Kein Leidtrag.

Beglaubigte Abschrift

2 StS 294/49  
(2-3/49)

Verkündet am 16. Januar 1950  
gez. Hönen, Justizinspektor  
als Urkundsbeamter der  
Geschäftsstelle.

Im Namen des Rechts!

Strafsache

*Angesch.*  
g e g e n den Kaufmann Willi Heinrich L e m p f e r t.,  
geboren am 13. November 1907 in Kellinghusen,  
wohnhaft dortselbst, Hauptstrasse 34,  
w e g e n Verbrechens gegen die Menschlichkeit.

- - - - -

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil  
des Schwurgerichts in Itzehoe vom 6. April 1949 hat der  
II. Strafsenat des Obersten Gerichtshofes für die Briti-  
sche Zone in Köln in der Sitzung vom 16. Januar 1950, an  
der teilgenommen haben:

Senatspräsident Dr. Gross  
als Vorsitzender,

Richter beim Obersten Gerichtshof Werner,  
Hilfsrichter beim Obersten Gerichtshof Dr. Engels  
als beisitzende Richter,

Oberstaatsanwalt Schrübbers  
als Beamter der Staatsanwaltschaft,

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft  
wird das Urteil, soweit es den Angeklagten  
Lempfert betrifft, mit den zugrundeliegenden  
Feststellungen aufgehoben und die Sache inso-  
weit an das Schwurgericht in Kiel zur neuen  
Verhandlung und Entscheidung, auch über die  
Kosten des Rechtsmittels, zurückverwiesen.

G r ü n d e :

Das Schwurgericht hat den Angeklagten wegen eines in Tateinheit mit Körperverletzung mit Todesfolge und fahrlässiger Tötung begangenen Verbrechens gegen die Menschlichkeit zu 2 Jahren Gefängnis verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft, die die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt, ist begründet.

Der Angeklagte gehörte nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils dem unter Führung des rücksichtslosen und gewalttätigen Studenten Suffa stehenden "Stoßtrupp" eines SA-Sturms in dem Städtchen Kellinghusen an, der am Wahlsonntag des 5. März 1933 gegen 21 Uhr auf dem Marsche vom Stammquartier zu der für nächtliche Streifen vorgesehenen Unterkunft den damals 23-jährigen als Kommunisten bekannten Arbeiter Otto Fabian ohne jeden Anlass, weil er eine andere politische Meinung vertrat, umzingelte und misshandelte. Als es Fabian gelungen war, den Ring der SA-Männer zu durchbrechen und einige Schritte davonzulaufen, lief der Angeklagte hinter ihm her und gab auf ihn aus einer Entfernung von 4 - 5 m einen Schuß aus seiner bereits zu Beginn des Angriffs entscherten Pistole 08 Kal.9 mm ab, der ihn im Rücken traf, den Querdarm durchschlug und 2 Stunden später seinen Tod herbeiführte.

Gegen die Verurteilung wegen eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit nach Art. II 1c KRG.10 bestehen bei diesem Sachverhalt nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes keine Bedenken. Auch hat das Schwurgericht, das den Tötungsvorsatz des Angeklagten verneint, von seinem Standpunkt aus zutreffend neben dem KRG.10 und § 222 StGB. nur eine Körperverletzung nach §§ 223, 226 StGB. angenommen. Die Ansicht der örtlichen Staatsanwaltschaft, dass auch § 223a vorliege, ist irrig, weil das Vergehen gegen § 223a durch das Verbrechen gegen § 226 aufgezehrt wird (RGSt. Bd. 36 S. 277; Bd. 74 S. 311; OGHSt. vom 21.11.1949 -StS 405/49-). Zuzugeben ist jedoch der Staatsanwaltschaft,



dass die Feststellungen des Schwurgerichts, mit denen es den Tötungsvorsatz des Angeklagten ausschliessen will (§ 212 StGB.), rechtlich nicht genügen. Zwar greift die Rüge der Verletzung der Aufklärungspflicht nicht durch, weil die Revisionsbegründung keine Tatsachen anführt, die einen Veratoss gegen § 245 Abs. 1 StPO. ergeben. Jedoch hat die Sachbeschwerde Erfolg.

Zur Begründung der Anwendbarkeit des § 222 StGB. führt das Schwurgericht an, dass der Angeklagte angesichts des Kalibers der von ihm benutzten Pistole, der Dunkelheit zur Zeit der Tat und der kurzen Entfernung, aus der er schoß, voraussehen musste, dass er Fabian töten könne. Es stellt weiterhin fest, dass der Angeklagte zu dieser Erkenntnis nach seinen geistigen und körperlichen Fähigkeiten durchaus in der Lage gewesen sei, zumal er mit dieser Pistole bereits Übungsschüsse abgegeben habe. Nach den Umständen des Falles muss sich also dem Angeklagten die Erkenntnis, er werde möglicherweise Fabian durch einen Pistolenschuß töten, geradezu aufgedrängt haben. Es bedarf deshalb einer näheren Darlegung, warum dennoch dem Angeklagten dieses Bewusstsein und der Wille, Fabian zu töten, gefehlt haben soll. Hierzu führt das Schwurgericht an, ein besonderer Grund des Angeklagten, sich an Fabian zu rächen, sei nicht festgestellt worden. Damit setzt es sich jedoch in Widerspruch zu der Sachdarstellung, nach der der Angeklagte bereits mit Fabian einen Zusammenstoß gehabt hat. Auch die weitere Bemerkung des Schwurgerichts, der Angeklagte hätte Fabian nicht in den Unterleib geschossen, wenn er ihn hätte töten wollen, ist aus zwei Gründen unzulänglich. Das Schwurgericht geht, wenn es aus der Einschussstelle auf einen mangelnden Tötungsvorsatz schliessen will, offenbar davon aus, dass Schüsse in den Unterleib mindergefährlich seien. Diese Annahme widerspricht der allgemeinen Erfahrung, die lehrt, dass Schüsse in den Unterleib mit Rücksicht auf die Gefahr der Zerreissung innerer Organe durch Nahschüsse gerade besonders gefährlich sind.

Andererseits ist dem Angeklagten bei der festgestellten Dunkelheit ein sicheres Zielen gar nicht möglich gewesen. Auch aus diesem Grunde kann die Einschußstelle noch nicht gegen einen Tötungswillen sprechen.

Auf den in sich widerspruchsvollen und auch die allgemeine Lebenserfahrung verkennenden Feststellungen des Schwurgerichts kann das Urteil, soweit es einen Tötungsvorsatz des Angeklagten verneint, beruhen. Infolgedessen muss das Urteil aufgehoben werden.

Bei der neuen Verhandlung wird das Schwurgericht auch die bisher unterbliebene Prüfung folgenden Umstandes vorzunehmen haben, der für einen Tötungsvorsatz sprechen kann: Bereits als die Angehörigen des "Stoßtrupps" Fabian in einer Nebenstraße im Gespräch mit seiner Braut und einem Bekannten erblickten, nahm der Angeklagte seine Pistole, die er bis dahin unter seiner Bluse verborgen getragen hatte, in die Hand und entsicherte sie. Mit entsicherter Waffe beteiligte er sich dann an dem Angriff gegen Fabian, obwohl dieser nach den Urteilsfeststellungen dem "Stoßtrupp" auszuweichen suchte. Der Angeklagte hat zwar nach der bindenden Feststellung des Schwurgerichts die Pistole zu seinem Schutze "mitgenommen". Dass der Angeklagte sich auch bei dem Angriff des "Stoßtrupps" gegen Fabian durch eine Pistole habe schützen wollen, sagt das Urteil jedoch nicht. Dazu bestand auch angesichts der Übermacht der aus 15 Männern bestehenden SA-Formation und dem Bestreben Fabians, ihr auszuweichen, kein Bedürfnis. Das wird auch der Angeklagte erkannt haben. Deshalb liegt die Annahme nicht fern, dass der Angeklagte von Anfang an dem Fabian mehr als einfache Misshandlungen zugefügt wissen und ihn möglicherweise erschiesen wollte.

Auch das Geständnis des Angeklagten ist bisher nur unzulänglich gewürdigt. Er hat zunächst vor dem Ermittlungsrichter erklärt, ihm sei der Gedanke gekommen, wenn Fabian so feige sei, dass er davonlaufe, dann könne er ihn auch



erschießen, auf den Vorhalt des Richters, ob er denn Fabian habe töten oder nur dessen Flucht habe verhindern wollen, jedoch geantwortet, er habe ihn nicht töten wollen. Das Schwurgericht will den Angeklagten an dem Wort "erschießen" nicht festhalten, weil er sich der Tragweite seiner Erklärung möglicherweise nicht bewusst gewesen sei. Das ist allerdings eine Frage tatrichterlicher Würdigung, die das Revisionsgericht nicht nachprüfen kann.

Bei der neuen Verhandlung wird jedoch das Geständnis im Zusammenhang mit dem sonderbaren Verhalten des Ermittlungsrichters zu betrachten sein, nach dessen Aussage der Angeklagte auf die goldenen Brücken, die er ihm baute, nicht einging und offenbar nicht "spurte", als er von dem Gedanken, Fabian erschießen zu können, sprach. Dieser Sachverhalt legt die Annahme nahe, dass der Angeklagte sich trotz der "goldenen Brücken" zunächst infolge seines Schuldbewusstseins und in dem Bestreben, sich von einer Last zu befreien, die er 16 Jahre mit sich herumgetragen hatte, zu einem offenen Geständnis entschloß, und dass er erst auf den nochmaligen Vorhalt des Zeugen "spurte" und den Tötungswillen in Abrede stellte. Unter diesem Gesichtspunkt wird das Schwurgericht das Geständnis erneut zu überprüfen haben.

Erheblichen rechtlichen Bedenken unterliegen auch die allgemeinen Strafzumessungserwägungen des Schwurgerichts. Es spricht zunächst aus, dass die Strafen keine Rache und Vergeltung darstellen sollen. Dass die Strafzumessung nicht von dem Gedanken an Rache beeinflusst sein darf, ist so selbstverständlich, dass eine besondere Hervorhebung dieses Gesichtspunktes seltsam anmutet. Der Gedanke der Vergeltung hingegen ist ein grundlegendes Prinzip der Strafzumessung; denn die Strafe dient nicht nur der Sicherung der Gemeinschaft gegen den Rechtsbrecher und, soweit möglich, seiner Besserung, sondern sie soll auch Sühne für die begangene Tat sein. Noch verfehelter ist es, wenn das Schwurgericht

strafmildernd berücksichtigt, dass die Strafe in dem Betroffenen nicht das Gefühl hervorrufen dürfe, mit ihm werde "willkürlich aus einem Haßempfinden" heraus verfahren. Die Verhängung willkürlicher Strafen ist ein Kennzeichen der nationalsozialistischen Strafpraxis gewesen. Unter rechtsstaatlichen Verhältnissen ist für Rechtsmissbrauch kein Raum. Wenn der Angeklagte diese Einsicht nicht besitzt oder vielleicht infolge seiner noch nicht restlos behobenen Verblendung eine sachgemäße Strafe als willkürlich empfindet, so darf das Gericht dies nicht zum Anlaß nehmen, unter das schuldgerechte Strafmaß herunterzugehen. Andernfalls würde der Richter nicht die nach seiner Überzeugung gerechte Strafe zu-messen, sondern sich von dem Angeklagten vorschreiben lassen, welche Strafe er als von ihm - dem Angeklagten - für angemessen betrachtet verhängen dürfe. Die Strafe festzusetzen, ist aber Sache des Gerichts und nicht des Angeklagten.

Gemäss § 354 Abs. 2 StPO. hat der Senat die Sache an ein benachbartes Schwurgericht zurückverwiesen.

gez. Dr. Gross

gez. Werner

gez. Dr. Engels

